Das Treuhänderverhältnis nach dem BGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristenfakultät der Universität zu Rostock i. M.

vorgelegt von

Felix Romeiß
Assessor.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Referent: Professor Dr. **Lehmann.**

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Achilles-Strecker, Kommentar zur Grundbuchordnung.

Badisches Gesetz, die Pfandrechte für Schuldverschreibungen auf den Inhaber betr., v. 12. 4. 1892.

Bayrisches Gesetz, einige Bestimmungen über die Inhaberpapiere betr., v. 18. 3. 1896.

Biermann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1903.

Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. Hannover 1898.

Braunschweigisches Gesetz v. 30. 3. 1881.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Jena 1901.

Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Dernburg, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 8. u. 9. Aufl. Berlin 1900.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 7. Aufl. München 1906.

Fuchs, Grundbuchrecht. Berlin 1902.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 1 1895. Bd. 2 1905. Leipzig.

Hachenburg, Vorträge zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Mannheim 1900.

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundbuchrecht. Mannheim 1895.

Heilbrunn, Entwicklung des Treuhandgedankens im neueren deutschen Recht. In Holdheims Monatsheften für Handelsrecht und Bankwesen 15. Jahrg. 1906 S. 89 ff.

Henle, Kommentar zum bayrischen Gesetz v. 18. 3. 1896. Erlangen 1896.

Hypothekenbankgesetz v. 13. 7. 1899.

Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht. Jena 1901.

Juristische Wochenschrift.
Klumpp, Das deutsche Grundbuchrecht. Stuttgart 1899.
Kober, Hypothekenbestellung für Forderungen auf den Inhaber. In den Blättern für Rechtsanwälte 1894.
Könige, Gesetz betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen. Tübingen 1900.
Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht. Leipzig 1902.
Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1908.
Manasse, Die Wertpapierhypothek. Diss. Erlangen 1904.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2 u. 3.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1903.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 3. Aufl. Berlin 1904.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1906.
Preußisches Gesetz v. 16. 8. 1895, betr. das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen.
Preußisches Eigentumserwerbsgesetz v. 5. 5. 1872.
Protokolle der zweiten Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Ausgabe von Achilles, Gebhard und Spahn.
Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen.
Reichsgesetz v. 4. 12. 1899, betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen.
Ramdohr, Schutz mangelhafter Erkenntnisfähigkeit. In Gruchots Jahrb. Bd. 44 S. 348, 349.
Ritzler, Konkurrierendes und kollidierendes Handeln. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 98 S. 379 ff.
Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht. In Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 1 ff.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1907.
Strafgesetzbuch.
Turnau und **Förster,** Das Liegenschaftsrecht. Paderborn 1906.

§ 1.

Einleitung.

Eine der wichtigsten Besonderheiten hat das Bürgerliche Gesetzbuch in der gesetzlichen Anerkennung des Treuhänderinstituts geschaffen. Es tritt uns in diesem Institut keineswegs ein der Rechtsgeschichte völlig fremdes, dem heutigen Verkehrsleben eigenartiges Rechtsgebilde entgegen.

Die Treuhänderschaft, das Recht der treuen Hand, ist uns vielmehr in mannigfacher Gestaltung in der Rechtsgeschichte bekannt. Wir finden es sowohl bei den Römern wie bei den Germanen. Bei jenen ist es verkörpert in dem alten Manzipationstestament, wo der Testator vor fünf Zeugen und dem libripens seinen Nachlaß — familia pecuniaque — dem familiae emptor, d. h. einem Treuhänder manzipiert und ihm sodann mit feierlichen Worten — nuncupatio — zur Pflicht macht, nach des Testators Tode die getroffenen letztwilligen Anordnungen zur Ausführung zu bringen. Und bei den Germanen brauchen wir uns nur die Person des „Salmanns" vor Augen zu führen, dessen man sich zuerst im Erbrecht bediente, um die Lücke auszufüllen, die darin bestand, daß dem deutschen Recht Verfügungen auf den Todesfall unbekannt waren, es vielmehr lediglich ein Intestaterbrecht

der Familie gab. Wollte der Erblasser nun seinen Nachlaß einer nicht zur Familie gehörenden Person zuwenden, so konnte dies im älteren deutschen Recht nur durch Aufnahme in die Familie, sogen. „Affatomie“ geschehen. Später dagegen bürgerte sich die sogen. „Vergabung von Todes wegen“ ein, wobei der Erblasser bei seinen Lebzeiten sein Vermögen einem „Salmann“, d. h. einem Treuhänder mit der Weisung übertrug, die Zuwendung nach des Erblassers Tode an den als Erben Bezeichneten weiterzuübertragen. Es ist nicht zu leugnen, daß zwischen diesem Treuhänder des germanischen Rechts und dem Testamentsvollstrecker des heutigen bürgerlichen Rechts eine gewisse Verwandtschaft besteht, da dieser ebenfalls die Aufgabe hat, den letzten Willen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Der Gesetzgeber hat dem deutschrechtlichen Treuhänder in dem Testamentsvollstrecker gleichsam ein Denkmal gesetzt. Aber noch an anderer Stelle im bürgerlichen Recht tritt uns der Treuhänder entgegen, nicht jedoch als geschichtlich bekannte und vom Gesetzgeber übernommene Persönlichkeit, sondern als dessen eigenartige, dem Verkehrsleben angepaßte Neuschöpfung. Es ist dies im § 1189 BGB., wo bestimmt ist, daß bei einer Hypothek, die als Sicherungshypothek für eine Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus einem andern indossablen Papier eingetragen ist, für den jeweiligen Gläubiger ein Vertreter mit der Befugnis bestellt werden kann, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger

bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten. Mit dieser Bestimmung ist das Treuhänderinstitut gesetzlich anerkannt. In der 2. Kommission herrschte „volles Einverständnis darüber, daß das neue Institut, welchem eine große, in Zukunft sich vielleicht noch steigernde Bedeutung beiwohne, ausdrücklich vom Gesetzgeber für zulässig zu erklären sei".[1])

Vielleicht ist man sich bei Befürwortung der Aufnahme des Instituts bewußt gewesen, welch großen Einfluß dasselbe bereits im englisch-amerikanischen Recht für das Gebiet des Handelsrechts, insbesondere bei der Kontrahierung von Eisenbahnanleihen gehabt hat, ferner bei der Ausgabe von mortgagebonds, wo der trustée im Interesse der Obligationäre mit dem darlehnsuchenden Institut verhandelt und abschließt, und wo dann die Schuldverschreibungen auf den Namen des trustée ausgestellt werden. Der innere Grund, warum in der 2. Kommission „völliges Einverständnis" herrschte, lag jedenfalls in der Erkenntnis der Notwendigkeit, daß für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber, aus einem Wechsel oder aus sonstigen durch Indossament übertragbaren Papieren eine Hypothek bestellt werden kann, ohne daß dadurch die zum Wesen der bezeichneten Papiere gehörende fast unbeschränkte Zirkulationsfähigkeit aufgehoben wird. Im Verkehrsleben

---

[1]) vgl. Prot. Bd. 3 S. 674/75.

machte sich nämlich das Bedürfnis nach einer hypothekarischen Sicherung der oben bezeichneten Forderungen immer mehr geltend. Insbesondere trat dieses Bedürfnis bei der Großindustrie und dem Großgrundbesitz hervor, welche die zu ihren Betrieben erforderlichen Geldmittel von dem großen Publikum nur durch Verpfändung ihrer Grundstücke erlangen zu können glaubten. Die ersten dahin zielenden Versuche sind jedoch an der Rechtsprechung des Reichsgerichts unter der Herrschaft des früheren Rechts gescheitert.[1] In der Praxis wurde dagegen für zulässig gehalten, daß ein Großindustrieller, z. B. eine Aktiengesellschaft, zum Zwecke der Aufnahme einer Anleihe Teilschuldverschreibungen an Order gemäß Art. 301 altes HGB. ausgab, und daß für die Forderungen aus diesen Teilschuldverschreibungen, um ihnen eine dingliche Sicherung zu geben, eine Kautionshypothek zugunsten einer als Treuhänder bestellten Bank oder eines Dritten eingetragen wurde, der, vertragsmäßig mit unwiderruflicher Vollmacht versehen, als Vertreter der Inhaber der Teilschuldverschreibungen alle grundbuchmäßigen Erklärungen hinsichtlich der Hypothek abzugeben, insbesondere Trennstücke aus der Pfandhaft zu entlassen und Löschungen zu bewilligen hatte. Mit der Weiterübertragung der einzelnen Teilschuldverschreibungen wurde ein entsprechender Anteil an der ganzen Hypothek auf den neuen Erwerber über-

[1]) vgl. Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 14 S. 94, Bd. 18 S. 346.

tragen. Die Zulässigkeit dieser Einrichtung fand auch die Billigung des Reichsgerichts.[1])

Die Folge war, daß einzelne Bundesstaaten die Inhaberhypothek, wenn auch nur auf Spezialgebieten, für zulässig erklärten. So schuf in Preußen das preußische Gesetz v. 19. 8. 1895 „betr. das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen" für dieses Gebiet die Möglichkeit, eine in Teilschuldverschreibungen zerlegte Bahnpfandschuld ohne Bezeichnung des Gläubigers in das Bahngrundbuch einzutragen (§ 20 zit. Ges.), was bisher unstatthaft war, weil § 23 preuß. EEG. v. 5. 5. 1872 die Eintragung eines bestimmten Gläubigers in das Grundbuch verlangte.

Auch in andern Bundesstaaten erfolgte eine gesetzliche Regelung der Inhaberhypothek. So sah ein bayerisches Gesetz v. 18. 3. 1896 „betr. einige Bestimmungen über Inhaberpapiere" bei solchen die Bestellung eines Vertreters — Treuhänders — für die Gläubiger vor, der mit Wirkung für sie Verfügungen über eine zu ihren Gunsten bestellte Hypothek treffen kann. In Baden hatten es insbesondere politische Gemeinden für notwendig erachtet, daß den von ihnen aufgenommenen Darlehen eine dingliche Sicherung gewährt würde. Dieser Anregung kam man hier entgegen, indem durch das badische Gesetz, „die Pfandrechte für Schuldverschreibungen auf den

---

[1]) vgl. Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 22 S. 61, Bd. 31 S. 90; JurW. 1896 S. 20 Nr. 77.

Inhaber betr.“, v. 12. 4. 1892 allgemein die Inhaberhypothek zugelassen wurde. Ähnliche Bestimmungen enthielt ein braunschweigisches Gesetz v. 30. 3. 1881, in dem der Vertreter als Syndikus bezeichnet ist.

Daß jetzt die ganze Materie in den §§ 1187—1189 BGB. reichsrechtlich geregelt ist, verdanken wir, wie bereits hervorgehoben, der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, nachdem der 1. Entw. es abgelehnt hatte, die gesetzliche Regelung vorzunehmen, es vielmehr den Landesgesetzgebungen überlassen hatte, überall da auf gesetzgeberischem Wege einzugreifen, wo ein Bedürfnis hervortreten sollte.[1])

§ 2.

Zweck des Treuhänderinstituts.

Aus den einleitenden Ausführungen läßt sich bereits erkennen, daß zwischen Treuhänder und der Hypothek für Wertpapiere, wie sie § 1187 BGB. aufzählt, ein gewisser Zusammenhang besteht, und in der Tat hat die Einführung des Treuhandgedankens ihren Grund in dem Charakter der im § 1187 erwähnten Papiere. Diese gehören nämlich ohne Ausnahme zu denen, die zum Umlauf auf dem Weltmarkt bestimmt sind. Daher auch die Bestimmung des § 1187 Satz 3, daß die Vorschrift des § 1154 Abs. 3 auf die Sicherungshypothek für die

---

[1]) vgl. Mot. Bd. 3 S. 635 ff.

Papiere des § 1187 keine Anwendung findet, vielmehr nach § 1153 Abs. 1 derjenige ohne weiteres die Hypothek erwirbt, in dessen rechtmäßigen Besitz das Papier gelangt ist. Der verfügungsberechtigte Inhaber des Papiers ist zugleich als Gläubiger bezüglich der Hypothek ausgewiesen.[1])

Eine Eintragung des Überganges der Hypothek auf einen neuen Gläubiger findet nicht statt. Die Zirkulationsfähigkeit des betreffenden Papiers wird so nicht gehemmt, denn der Umlauf vollzieht sich einfach nach den dem Papier eigentümlichen Übertragungsformen, d. h. durch einfache Weitergabe resp. Indossierung. Jeder Erwerber des Papiers ist also nur so lange Hypothekengläubiger, als er im Besitz des Papiers ist und dasselbe nicht weitergegeben hat. Jeder Besitzer eines solchen Papiers ist dem Grundbuchamt gegenüber legitimiert zur Verfügung über die Hypothek, z. B. zum Verzicht auf dieselbe, zur Löschungsbewilligung u. dgl., doch soll nach § 44 Abs. 1 GBO. eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Urkunde, z. B. der Wechsel, die Inhaberschuldverschreibung, vorgelegt wird. Der Hypothekengläubiger, der Inhaber des Papiers, wird gemäß des die Grundbuchordnung und das Bürgerliche Gesetzbuch beherrschenden Eintragungsprinzipes ohne besondere Schwierigkeiten feststellen können, wer der Eigentümer des verpfändeten Grundstücks ist. Anders dagegen der Eigentümer selbst.

[1]) § 44 GBO.

Dieser wird bei der leichten formlosen Begebbarkeit des Papiers kaum jemals in der Lage sein, sich über die Person des jeweiligen Inhabers Gewißheit zu verschaffen. Infolgedessen wird er dem Grundbuchamt gegenüber in einer sehr mißlichen Lage sein, da er als Grundstücks-eigentümer rechtlich so gut wie brach gelegt ist. Hat z. B. eine Aktiengesellschaft ein größeres, auf ihrem Grundbesitz hypothekarisch gesichertes Darlehn aufgenommen und dafür Schuldverschreibungen auf den Inhaber ausgegeben, und will sie nun später als im Grundbuch eingetragene Eigentümerin irgendeine grundbuchmäßige Operation vornehmen, z. B. Befreiung eines Trennstücks des verpfändeten Grundstücks von der Haftung, so müßte sie sich an die vielen Gläubiger wenden, um ihre Einwilligung nach § 873 BGB. dem geltenden Einigungsprinzip gemäß zu erhalten. Dasselbe läge vor, wenn die Aktiengesellschaft die Hypothek kündigen oder einen Rechtsstreit anhängig machen wollte für den Fall, daß sie die Wirksamkeit der Bestellung als solcher bestreitet.[1]) Die Löschung der Hypothek ferner kann sie nur erlangen, wenn sie sämtliche Papiere oder das Ausschlußurteil vorlegt (§ 42 GBO.). Sind von ihr Zinsscheine ausgegeben, so bedarf es auch der Einreichung dieser. Hat dagegen die Aktiengesellschaft die Hypothek durch Kündigung an den Treuhänder zur Fälligkeit gebracht und dann den Betrag hinterlegt, so kann sie von dem Treuhänder Löschungsbewilligung beanspruchen.

---

[1]) vgl. Klumpp S. 276.

Auch in den oben angeführten Fällen braucht sich die Aktiengesellschaft anstatt an jeden einzelnen Hypothekengläubiger, nur an den Treuhänder zu wenden, der dann die entsprechenden Erklärungen für die Gläubiger abzugeben hat. Durch die Bestellung eines Treuhänders ist aber nicht nur den Interessen des Eigentümers gedient, sondern auch denjenigen der Gläubiger selbst. Die Ausgabe von Inhaber- und Orderpapieren hat das Vorhandensein einer größeren Anzahl von Gläubigern zur Folge, die sich schwerlich einzeln untereinander kennen und sich deswegen über Wahrnehmung gemeinsamer Interessen hinsichtlich der Hypothek nicht verständigen können.[1])

Um diese Schwierigkeiten zu beseitigen, hat das Bürgerliche Gesetzbuch das Treuhänderinstitut im § 1189 gesetzlich sanktioniert, und hat damit dem Eigentümer die große Erleichterung gebracht, „daß er in Ansehung der Hypothek nur mit einem einzigen Gläubiger zu verhandeln hat.[2])

§ 3.

Bestellung des Treuhänders.

Der Gesetzgeber zwingt weder den Eigentümer noch den Gläubiger, einen Treuhänder zu bestellen, überläßt es vielmehr der freien Entschließung der Beteiligten. Ein

---

[1]) vgl. Oberneck S. 971.

[2]) vgl. Turnau-Förster S. 1009.

Antrag in der 2. Kommission des Inhaltes, daß eine Hypothek für Inhaber- und Orderpapiere nur eingetragen werden solle, wenn ein Treuhänder bestellt würde, wurde abgelehnt mit der Begründung, daß kein Bedürfnis vorhanden sei, in allen Fällen die Bestellung zu erzwingen; wo sie angebracht erscheine, würden die Beteiligten sie im eigenen Interesse veranlassen.[1])

Indirekt freilich ist es sehr wohl möglich, auf die Beteiligten einen Druck auszuüben, sie zur Bestellung eines Treuhänders zu zwingen, falls es sich nämlich um Ausgabe von Inhaberpapieren handelt, die im Inland ausgestellt sind und auf Geld lauten. Da dies nun fast immer die Regel sein wird, so kann nach § 795 BGB. die Zentralbehörde ihre Genehmigung davon abhängig machen, daß die Bestellung eines Treuhänders erfolgt.[2])

Immerhin werden diese Fälle wohl im täglichen Leben die Ausnahme bilden, denn meist wird gerade der Eigentümer selbst aus den im vorigen Paragraphen angedeuteten Gründen auf die Bestellung eines Treuhänders dringen. Irgendwelche Erfordernisse an die Person des Treuhänders hat das Bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgestellt. Das badische Gesetz v. 12. 4. 1892 enthält darüber besondere Bestimmungen. So mußte nach § 7 des Gesetzes der Treuhänder aus Personen entnommen werden, die zum Notariat befähigt waren. Ferner unterstand er

[1]) vgl. Prot. Bd. 3 S. 676.

[2]) vgl. Henle S. 148.

der Aufsicht des Ministeriums. Das Institut hatte demnach einen öffentlichrechtlichen Charakter. Heute ist von alledem mangels einer ausdrücklichen Vorschrift nicht die Rede. Die eine vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich hervorgehobene, aber doch stillschweigend vorausgesetzte Eigenschaft muß der Treuhänder jedenfalls besitzen, er muß des Vertrauens der Beteiligten teilhaftig sein. Dies ergibt sich ja ohne weiteres aus seiner Stellung, in der er sowohl den Interessen des geldsuchenden Grundstückseigentümers wie denen des geldgebenden Kapitalisten helfend und fördernd zur Seite stehen soll. Ob die als Treuhänder in Aussicht genommene Person geschäftsfähig sein muß, darüber hat der Gesetzgeber nichts Bestimmtes gesagt. Man könnte deshalb vielleicht an eine analoge Anwendung der in den §§ 1780, 1915 u. 2201 enthaltenen Vorschriften denken, wonach ein wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigter nicht zum Vormund oder Pfleger bestellt und ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter sowie ein unter Pflegschaft stehender Gebrechlicher nicht zum Testamentsvollstrecker ernannt werden kann. Eine Heranziehung der erwähnten Bestimmungen ist indes zu verneinen, da sie infolge ihrer Stellung im Gesetz, nämlich im Familien- bezw. Erbrecht, eben auch nur für diese Sondergebiete anwendbar sind. Der Treuhänder dürfte daher den Bestimmungen des „Allgemeinen Teils", insbesondere denen des § 165 unterstehen, wonach „die Wirksamkeit einer von oder gegenüber einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung nicht

dadurch beeinträchtigt wird, daß der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist".[1])

Gleichgültig ist, ob die Person des Treuhänders eine physische oder eine juristische Person ist. Es wird sogar in den allermeisten Fällen eine juristische Person, z. B. eine Aktiengesellschaft dazu bestimmt werden, in der Regel das die Emission der Papiere leitende Bankhaus, um dadurch dem lästigen Wechsel des Treuhänders bei Todesfall aus dem Wege zu gehen.[2]) Es wird daher auch ratsam sein, gleich bei der Bestellung des Treuhänders Bestimmungen darüber zu treffen, wie ein neuer Treuhänder bestellt werden soll, ohne daß es der sehr schwierig zu erlangenden Mitwirkung der Gläubiger bei der Neubestellung bedarf.[3]) Ein Zwang zur Annahme des Amtes als Treuhänder besteht nicht, es sei denn, daß der von den Beteiligten Gewählte vertraglich sich zur Übernahme verpflichtet hat.

Das Amt des Treuhänders beginnt erst mit der Eintragung seiner Bestellung im Grundbuch, der also insoweit konstitutive Wirkung beiwohnt. Ist die Eintragung einmal erfolgt, so besteht das Amt „weiter als

---

[1]) vgl. auch Planck Anm. 4 zu § 1189; Turnau-Förster S. 1010; Kretzschmar Anm. 2 zu § 1189; Oberneck S. 974; Biermann S. 413 Anm. 1.

[2]) vgl. Staudinger Anm. 4 zu § 1189.

[3]) vgl. Prot. Bd. 3 S. 676; Planck Anm. V zu § 1189; Hachenburg, Beitr. S. 171; Staudinger Anm. IV zu § 1189.

eine unzertrennliche und stetig fortwirkende Beigabe der Hypothek selbst".[1])

§ 4.

Form des Bestellungsaktes.

Das Gesetz enthält über die Form der Bestellung des Treuhänders nur die kurze Bestimmung: „Zur Bestellung des Vertreters ist die Eintragung im Grundbuch erforderlich" (§ 1189 Abs. 1 Satz 2). Um sich jedoch über die Voraussetzungen dieser Eintragung klar zu werden, muß man unterscheiden, ob es sich um die Bestellung eines Treuhänders für die Forderung aus einem indossablen Papier oder um eine solche für die Forderung aus einem Inhaberpapier handelt. Diese Unterscheidung ist keine willkürliche, sondern sie ergibt sich aus § 1188. Denn da, wie Kretzschmar treffend sagt, „die Bestellung eines Treuhänders einen wesentlichen Bestandteil des durch die Bestellung der Hypthek geschaffenen dinglichen Rechtsverhältnisses"[2]) bildet, so vollzieht sich die Eintragung der Bestellung in derselben Weise wie die Begründung der Hypothek, d. h. verschieden nach der oben angedeuteten Richtung hin. In beiden Fällen hängt die Wirksamkeit der Bestellung von der Eintragung im Grundbuch ab. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nach § 874 BGB. ist unzulässig. Das steht mit klaren Worten

[1]) vgl. Staudinger Anm. IV, 3a zu § 1189.

[2]) vgl. Kretzschmar Anm. 2 zu § 1189.

im Gesetz selbst, denn es heißt in § 1189, daß zur Bestellung des Vertreters „Eintragung“ in das Grundbuch nötig[1]) ist. Aber selbst ohne diese ausdrückliche Vorschrift wäre m. E. eine Anwendung des § 874 BGB. ausgeschlossen. Die Bestellung eines Treuhänders ist als Ausnahme von der Regel gedacht, wonach bei Ausgabe auch der in § 1187 bezeichneten Papiere die in § 1115 BGB. enthaltenen Vorschriften über den Inhalt der Eintragung maßgebend sind. Hiernach müssen der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung und, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz sowie etwaige andere vereinbarte Nebenleistungen im Grundbuch angegeben werden. Auf die Sicherungshypothek für die im § 1187 aufgeführten Forderungen angewendet, bedeutet es, daß der Gläubiger, wenn auch nicht namentlich, so doch mit derartiger Bestimmtheit anzugeben ist, daß über seine Person keine Zweifel auftauchen können. Mangels der Bestellung eines Treuhänders wird also bei der Hypothek für die Forderung aus einem Inhaberpapier der Inhaber des im übrigen genau zu bezeichnenden Wertpapiers, bei der Hypothek für die Forderung aus einem Orderpapier der erste Nehmer des Papiers unter Erwähnung des Orderverhältnisses einzutragen sein. Ist dagegen ein Treuhänder bestellt, so liegt hierin m. E. eine Belastung

---

[1]) vgl. Achilles-Strecker S. 245 Abs. 2; Planck Nr. 5 zu § 1189; Biermann S. 414 Anm. 2; a. A. Fuchs S. 613 Nr. 26, der eine Eintragung der Bestellung nicht für notwendig erachtet, sondern eine Bezugnahme für ausreichend hält.

des Rechtes der einzelnen Inhaber der Schuldverschreibungen; ihr Gläubigerrecht bezüglich der Hypothek, was sie nach Maßgabe der in ihren Händen befindlichen Schuldverschreibungen erworben haben, besteht zwar nach wie vor; das Recht eines jeden Erwerbers gilt aber inhaltlich durch die Verpflichtung beschränkt, dem Treuhänder die Vertretungsmacht hinsichtlich der Ausübung des hypothekarisch gesicherten Rechts nach Maßgabe des Bestellungsaktes zu überlassen. Sieht man demnach in der Bestellung des Treuhänders eine Belastung des gläubigerischen Hypothekenrechts, so bedarf die Bestellung schon aus diesem Gesichtspunkte der Eintragung im Grundbuch (§ 873 BGB.). Erfolgt nun die Bestellung des Treuhänders bei der Inhaberhypothek, so sind die materiellen Voraussetzungen für die Eintragung wiederum verschieden, je nachdem die Bestellung zeitlich mit der Begründung der Hypothek zusammenfällt oder nicht. Im ersteren Falle wird dasselbe gelten wie für die Hypothek, d. h. es genügt nach § 1188 als Ausnahme von dem in § 873 Abs. 1 festgelegten Einigungsprinzip, was natürlich selbstverständlich den Beteiligten unbenommen bleibt, einseitige[1]) Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt, daß er den Treuhänder bestelle. Lediglich auf diesen einseitigen Antrag hin muß der

[1]) vgl. Planck Anm. 5 zu § 1189; Oberneck S. 974; Kretzschmar Anm. 2 zu § 1189; Turnau-Förster S. 1009; Biermann S. 413; a. A. Cosack § 266, der einen dinglichen Vertrag zwischen Eigentümer und Treuhänder für erforderlich hält.

Grundbuchrichter eintragen, kann die Eintragung nicht etwa von einem Nachweis der tatsächlich erfolgten Annahme des Amtes durch den Treuhänder abhängig machen.[1])

Wird dagegen nach schon erfolgter Eintragung der Hypothek und der Ausgabe von Inhaberpapieren ein Treuhänder bestellt, so ist gemäß § 873 Abs. 1 Einigung und Eintragung zu rechtlicher Wirksamkeit unbedingte Voraussetzung, und zwar bedarf es der Einigung mit sämtlichen etwa inzwischen Hypothekengläubiger gewordenen Inhabern der Schuldverschreibungen.

Soll bei der Hypothek für die Forderung aus einem Orderpapier ein Treuhänder bestellt werden, so bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen des § 873, d. h. es muß Einigung des Eigentümers mit allen Gläubigern und Eintragung vorhanden sein. In diesem Falle wird freilich meist die gewollte Bestellung an den sehr erheblichen Schwierigkeiten scheitern, die das Beschaffen der zustimmenden Erklärungen der Gläubiger macht. Das Reichsgesetz v. 4. 12. 1899 betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen kommt dem Eigentümer in dieser Beziehung entgegen. Der nach § 14 zit. Gesetzes bestellte Vertreter kann nämlich die Gesamtheit der Gläubiger bei der Einigung vertreten, wenn er auf Grund eines besonderen Beschlusses der Gläubigerversammlung dazu ermächtigt wird, wenn er ferner den Nachweis der Ermächtigung gemäß § 29 GBO. durch öffentliche oder

---

[1]) vgl. Oberneck S. 975.

öffentlich beglaubigte Urkunden[1]) führt und sämtliche Schuldverschreibungen gemäß § 44 GBO. vorlegt, damit auf ihnen die erfolgte Bestellung eines Treuhänders vermerkt werden kann.[2])

Was endlich die formelle Seite der Eintragung anlangt, so erfolgt diese nach § 19 GBO. lediglich auf Grund der Eintragungsbewilligung des Eigentümers, die man aber wohl, auch wenn eine besondere ausdrückliche Einwilligungserklärung nicht vorliegt, stets in der von dem Eigentümer dem Grundbuchamt gegenüber abgegebenen Bestellungserklärung sehen kann. Das eine schließt das andere ohne Frage in sich. Die einseitige Eintragungsbewilligung des Eigentümers genügt aber, wie bereits hervorgehoben, nur dann, wenn sie zeitlich mit dem Antrag auf Eintragung der Hypothek zusammenfällt, wobei es gleichgültig ist, ob es sich um eine Hypothek für Inhaber- oder Orderpapiere handelt. Zu der nachträglich, d. h. nach Bestellung der Hypothek und nach Ausgabe der Papiere erfolgenden Eintragung ist dagegen stets, also sowohl bei Inhaber- wie bei Orderhypotheken, die Bewilligung des Eigentümers und des Hypothekengläubigers erforderlich.

---

[1]) vgl. über den Begriff „öffentliche Urkunde“ § 415 ZPO.

[2]) vgl. Fuchs S. 613 Nr. 25; Planck § 1189 Nr. 5.

§ 5.

Dauer und Untergang der Treuhänderschaft.

Solange der Treuhänder im Grundbuch eingetragen und seine Löschung nicht erfolgt ist, solange ist er formell jedem Dritten gegenüber befugt, die ihm obliegenden Rechtshandlungen vorzunehmen. Es gilt der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§§ 892, 893 BGB.).[1] Erst durch die Löschung im Grundbuch erlischt die Stellung des Treuhänders der Außenwelt gegenüber, stehen seine Verfügungen denen eines Nichtberechtigten im Sinne des § 185 BGB. gleich.

Der natürlichste Erlöschungsgrund ist der Tod des Treuhänders. Um den oben im § 3 erwähnten Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, die die Wahl eines neuen Treuhänders wegen der beizubringenden Einwilligungserklärungen aller Gläubiger macht, dürfte es sich empfehlen, daß die Beteiligten bereits bei Bestellung des Treuhänders durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung einem Ausscheiden desselben durch Tod oder andere Gründe Rechnung tragen und sich vielleicht dahin verständigen, daß eine bestimmte andere Person an seine Stelle trete, oder daß dem Gericht die Ernennung des Nachfolgers übertragen werde, oder daß der Eigentümer einen neuen Treuhänder aus einem bestimmten Personen-

---

[1]) vgl. Ramdohr bei Gruchot Bd. 44 S. 348/49.

kreis ernennen solle.[1]) In der Regel wird ja, wie bereits in § 3 hervorgehoben, diesem Übelstand durch Bestellung einer Bank, einer Aktiengesellschaft oder dgl. vorgebeugt werden. — Selbstverständlich ist der Treuhänder mangels entgegenstehender kontraktlicher Verpflichtung analog dem Testamentsvollstrecker (§ 2226 BGB.) jederzeit berechtigt, sein Amt niederzulegen. Es kann dieser Erlöschungsgrund Dritten aber nur unter der Voraussetzung entgegengesetzt werden, daß sie davon Kenntnis gehabt haben oder der Erlöschungsgrund im Grundbuch eingetragen ist. Ist letzteres noch nicht geschehen, so wird es Sache der Beteiligten sein, schleunigst die Berichtigung des Grundbuchs herbeizuführen.[2])

Als Gegenstück zu der einseitig durch den Treuhänder erfolgenden Niederlegung wäre diejenige zu erwähnen, die der Eigentümer ebenfalls einseitig vornehmen kann. Die Möglichkeit eines solchen einseitigen Widerrufs ist gegeben in den Fällen der einseitigen Bestellung durch den Eigentümer, also bei Inhaberpapieren, bevor dieselben in Verkehr gebracht[3]) sind. — Im übrigen sind weder die Hypothekengläubiger noch der Eigentümer in der Lage, einseitig den einmal bestellten Treuhänder wieder zu beseitigen. Denn da die Bestellung, wie früher

---

[1]) vgl. Hachenburg, Beitr. S. 171; Kretzschmar Anm. 4 zu § 1189; Oberneck S. 975; Turnau-Förster S. 1011; Prot. Bd. 3 S. 676 ff.; Staudinger Anm. IV zu § 1189.

[2]) vgl. Fuchs S. 614 Nr. 27.

[3]) vgl. Henle S. 157; Oberneck S. 975.

betont, einen Teil der Hypothekenbestellung bildet, so ist zu einer jeden Änderung, wie bei der Hypothek, so auch hier, Einigung der Beteiligten, d. h. übereinstimmende Willenserklärungen von Eigentümer und Gläubiger erforderlich. Sind also sämtliche Gläubiger und der Eigentümer darüber einig, daß der Treuhänder abgesetzt werden soll, so steht einer solchen Abberufung nichts im Wege. Zu ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs bedarf sie freilich der Eintragung, die herbeizuführen in den meisten Fällen an der schwer zu erlangenden Einverständniserklärung aller Gläubiger scheitern wird, es sei denn, daß alle Schuldscheine in einer Hand oder in den Händen weniger vereinigt sind.[1])

Eine Ausnahme gibt es in der gerichtlichen Abberufung nach den §§ 16, 17 des Gesetzes betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen v. 4. 12. 1899. — Nach § 16 Abs. 3 zit. Ges. kann auf Antrag von Gläubigern, deren Schuldverschreibungen zusammen den fünften Teil des Gesamtbetrages der im Umlauf befindlichen Schuldverschreibungen erreichen, das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Schuldner seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat, beim Vorliegen eines wichtigen Grundes den gemäß § 1189 BGB. bestellten Vertreter abberufen. Auf Grund einer Ausfertigung dieser Verfügung hat das Grundbuchamt auf

[1]) vgl. Hachenburg, Beitr. S. 170.

Antrag des Eigentümers, eines Gläubigers oder eines Treuhänders die Abberufung einzutragen.

§ 6.

Rechtliche Natur des Treuhänderverhältnisses.

Das Gesetz kennt nicht den Ausdruck „Treuhänder“, sondern gebraucht den Ausdruck „Vertreter für den jeweiligen Gläubiger“. Damit in Verbindung stehen denn auch die verschiedenen Theorien, die sich mit der rechtlichen Natur des Instituts beschäftigen. Schon in der 2. Kommission wurden die verschiedensten Ansichten über die rechtliche Stellung des Treuhänders laut,[1] doch wurde man sich dort nur darüber einig, daß eine Entscheidung darüber im Gesetz nicht zu geben sei, sondern daß man es der Wissenschaft und Praxis überlassen müsse, hierin Klarheit zu schaffen. Drei Ansichten wurden in der Kommission vertreten. Nach der ersten ist der Treuhänder Beauftragter des Eigentümers, er fungiere aber gleichzeitig als Vertreter der Inhaber der einzelnen Schuldverschreibungen. Nach der zweiten Auffassung ist er hauptsächlich Vertreter der Inhaber der Schuldverschreibungen; man könne, so hieß es, zwar aus dem Zweck der ganzen Einrichtung folgern, daß er auch dem Eigentümer verpflichtet sein solle, nötig sei dies aber nicht;

[1] vgl. Prot. Bd. 3 S. 675.

ob man sein Verhältnis zum Eigentümer als Auftrag betrachten könne, müsse als durchaus zweifelhaft bezeichnet werden. Eine dritte Ansicht endlich ging dahin, daß man die Gesamtheit der Gläubiger als eine Rechtsgemeinschaft und den Treuhänder als den Vorstand derselben aufzufassen habe. Der Gesellschaftsvertrag sei, so wird diese Theorie begründet, hier durch stillschweigende Willenserklärung zustande gekommen.

So wenig wie man sich in der 2. Kommission über den rechtlichen Charakter des Treuhänders klar war, so wenig hat auch in der Literatur eine einheitliche Auffassung Platz gegriffen. So sehen Planck und Turnau-Förster[1]) in dem Treuhänder den Vertreter des jeweiligen Hypothekengläubigers nach Analogie eines Pflegers für eine geschäftsunfähige Person. Fuchs[2]) schließt sich der Ansicht Plancks insoweit an, als er annimmt, der Treuhänder sei in beiderseitigem Interesse von Gläubiger und Eigentümer bestellt, er weist aber die Gleichstellung mit einer Pflegschaft zurück. Nach Neumann[3]) liegt dem Treuhänder die formale Vertretungsmacht für den oder für die Gläubiger in den bei der Bestellung bestimmten Grenzen ob. Ähnlich drückt sich Kretzschmar[4]) aus, nach dem die rechtliche Stellung des Treuhänders die ist, daß er innerhalb des ihm durch

---

[1]) vgl. Planck Anm. 2 zu § 1189; Turnau-Förster S. 1010.

[2]) vgl. Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 S. 612.

[3]) vgl. Neumann Anm. 2 zu § 1189.

[4]) vgl. Kretzschmar Anm. 1 zu § 1189.

die Bestellung zugewiesenen Wirkungskreises gleich dem Gläubiger selbst über die Hypothek verfügen kann, sowie daß er den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek vertritt.

Zunächst kann der Treuhänder nicht, was man in der Kommission annahm, Beauftragter des Eigentümers und gleichzeitig Vertreter der Inhaber der einzelnen Schuldverschreibungen sein. Gegen ein Auftragsverhältnis spricht der § 671 BGB., wonach der Auftrag von dem Auftraggeber jederzeit widerrufen, von dem Beauftragten jederzeit gekündigt werden kann. Der Treuhänder ist ja nun allerdings im Zweifel zur jederzeitigen Niederlegung seines Amtes berechtigt (vgl. oben § 5 S. 19), nicht jedoch der Eigentümer, der es bei Inhaberschuldverschreibungen nur bis zu deren Ausgabe, bei Orderpapieren überhaupt nicht in der Hand hat, den Treuhänder abzuberufen. Schon hieran scheitert die Anwendbarkeit des § 671. Ferner müßte der Treuhänder, wenn er Beauftragter des Eigentümers wäre, dessen Weisungen Folge leisten. Dem aber steht entgegen, daß ja der Treuhänder in vielen Fällen gerade im Interesse der Gläubiger Rechtshandlungen wird vornehmen müssen, die gegen den Eigentümer gerichtet sind. Ferner kann nach § 665 BGB. ein Beauftragter von den Weisungen des Auftraggebers abweichen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde. Der Treuhänder dagegen, der „dem Zweck der ganzen Einrichtung nach immerhin nur beschränkte Funk-

tionen auszuüben hat" [1]) und dessen Befugnisse bei seiner Bestellung genau festgelegt werden, darf niemals diesen durch Vertrag gezogenen Wirkungskreis überschreiten, ohne daß das betreffende Rechtsgeschäft ungültig wäre. Auch die Tatsache, daß der Treuhänder für seine Tätigkeit in der Regel eine Vergütung erhalten wird, spricht gegen ein Auftragsverhältnis. Endlich ist es rechtlich undenkbar, Beauftragter der einen und zugleich Vertreter der andern Partei zu sein, [2]) denn es würde dann durch denselben Begründungsakt gleichzeitig ein Auftragsverhältnis zum Eigentümer und ein Vertretungsverhältnis zum Gläubiger entstehen. Gerade „in dieser an sich widerspruchsvollen Doppelrolle wird der Ausdruck dafür liegen, daß der Vertreter weder von dem einen noch von dem andern einen Auftrag hat". [3])

Auch als Vertreter der Inhaber der Schuldverschreibungen kann der Treuhänder nicht angesehen werden, obgleich gerade diese Auffassung in dem Wortlaut des Gesetzes eine starke Stütze findet, schreibt doch das Gesetz im § 1189 dem Handeln des Treuhänders gerade diejenige Wirkung zu, die für das Handeln eines „Vertreters" nach § 164 BGB. charakteristisch ist, nämlich Rechtshandlungen mit Wirkung „für und gegen" den jeweiligen Gläubiger vorzunehmen. Der Einwand, es werde von den Gläubigern gar nicht erklärt, daß der Treuhänder

---

[1]) vgl. Prot. Bd. 3 S. 676.

[2]) vgl. Hachenburg, Beitr. S. 167.

[3]) vgl. Hachenburg, Vortr. S. 607.

ihr Vertreter sein solle, ist zwar abzulehnen, denn die Bestellung des Treuhänders wird gemäß § 44 Abs. 1 GBO. auf der Urkunde eingetragen, und in dem Nehmen des Papiers durch den Erwerber ist dessen stillschweigendes, ihn bindendes Einverständnis mit der Bestellung zu erblicken.[1]) Die stillschweigende Annahme bedeutet Unterwerfung unter die vom Eigentümer in die Schuldverschreibung gesetzten Vertragsbedingungen, zu denen auch die Bestellung des Vertreters gehört.

Eine Vertreterstellung würde dem Treuhänder auch nicht etwa aus dem Grunde abzusprechen sein, weil er nicht nur der Hypothekengläubiger halber vorhanden ist und ihrem Interesse allein seine Handlungen widmet, sondern auch zugunsten des Grundstückseigentümers seine Rechtsakte vornehmen kann, ja event. vornehmen muß (§ 1189 Abs. 2 BGB.). Eine solche Zweiteilung des Dienstes ist keineswegs als der Natur der Vertretung widersprechend anzusehen, „die nicht schon darum aufhört, Stellvertretungshandlung zu sein, weil außer dem Vertretenen auch ein anderer an ihr ein rechtliches Interesse hat“.[2])

Aber trotz der engen Zusammengehörigkeit von Treuhänderbefugnis und Hypothekengläubigerinteresse kann doch von einem Vertretungsverhältnis zwischen beiden Parteien nicht die Rede sein. Die erste Voraussetzung einer jeden Vertretung ist die Existenz eines Vertretenen.

---

[1]) Abw. Ansicht Hachenburg, Beitr. S. 167.

[2]) vgl. Ritzler S. 379; Staudinger Vorbem. vor § 164 S. 516 Anm. 5.

Wirkliche Vertretung (§ 164 BGB.) verlangt ein erkennbares, bestimmtes, vertretenes Rechtssubjekt, gleichgültig, ob dieses eine physische oder eine juristische Person ist. Da nun der Treuhänder in der Regel sofort bei der Eintragung der Hypothek, noch vor der Ausgabe der Teilschuldverschreibungen bestellt werden wird, zu einer Zeit also, wo noch gar keine Pfandbriefgläubiger existieren, so ist damit klar erwiesen, daß die Rechte des Treuhänders von den Pfandbriefgläubigern gänzlich unabhängig sind. Gegen die Annahme einer Vertretung spricht endlich auch die Tatsache, daß eine konkurrierende Tätigkeit des Hypothekengläubigers neben dem Treuhänder nicht ausgeschlossen ist (s. unten § 11).

Die dritte in der Kommission vertretene Ansicht, die in dem Treuhänder den Vorstand der von der Gesamtheit der Gläubiger gebildeten Rechtsgemeinschaft sieht, ist ebenfalls irrig. Wenn nämlich der Treuhänder der Vorstand dieser Gemeinschaft wäre, so dürften die Mitglieder, also die einzelnen Gläubiger der Schuldverschreibungen, hinsichtlich der in diesen Papieren verkörperten Hypothekenforderung „überhaupt kein Wissen und Wollen haben, da der einzelne nicht das Rechtssubjekt ist“.[1] Der einzelne Gläubiger wäre demnach also von einem Zugriff auf das ihm verpfändete Grundstück ausgeschlossen. Das ist aber nicht der Fall (vgl. Näheres unten in § 11). Auch die Tatsache spricht gegen die dritte Auffassung, daß ein

---

[1] vgl. Hachenburg, Beitr. S. 166.

Treuhänder bestellt werden kann, wenn nur ein einziger Gläubiger vorhanden ist, von einer Rechtsgemeinschaft mithin gar nicht die Rede sein kann. Eine gewisse Stütze findet diese Auffassung allerdings in dem Schuldverschreibungsgesetz, woselbst in § 14 ausdrücklich bestimmt ist, daß die Gesamtheit der Gläubiger als solche klagen und verklagt werden kann, und daß im Prozeß dem Treuhänder die Stellung eines gesetzlichen Vertreters zukommt. Dieser Treuhänder ist aber ein ganz anderer als der nach § 1189, er ist der von der Gläubigerversammlung bestellte Vertreter der Gläubigergemeinschaft. Der Gedanke, dem Treuhänder etwa eine fiduziarische Rechtsstellung zu geben, ist gleichfalls zu verneinen. Eine solche Annahme ließe sich nur rechtfertigen, wenn der Treuhänder nach außen hin ganz als Gläubiger der Hypothek erschiene und nur nach innen den Gläubigern gegenüber obligatorisch verpflichtet wäre. Das ist aber nicht zutreffend, denn auch nach außen hin gilt er nur als Treuhänder, nicht als Eigentümer der Hypothek. Durch die Eintragung im Grundbuch wird ihm keineswegs die Stellung des Hypothekars eingeräumt, sondern dadurch wird die Bestellung nach außen hin lediglich als Bestandteil der Hypothek charakterisiert. Hachenburg sagt treffend: „Jeder Erwerber erhält die Hypothek mit dieser Beigabe, die er nicht abstoßen kann wie eine andere Vertragsbedingung“.[1])

[1]) vgl. Hachenburg, Beitr. S. 169.

Zu einer befriedigenden Lösung der Frage nach der rechtlichen Konstruktion des Treuhänderverhältnisses gelangt man m. E., wenn man die deutschrechtliche Treuhändertheorie ins Auge faßt, die heute im Testamentsvollstrecker verkörpert ist. Während der 1. Entw. des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Testamentsvollstrecker den gesetzlichen Vertreter der Erben sah, hat das Gesetzbuch selbst den alten germanischen Treuhandgedanken wieder aufgenommen. Der Testamentsvollstrecker übt seine Befugnisse aus eigenem Recht und in eigenem Namen aus auf Grund des letzten Willens des Erblassers. Er ist nicht Vertreter oder Mandatar des Erblassers oder des Erben, sondern er erscheint als selbständiger Träger von Rechten und Pflichten, die ihm durch das Testament zwecks Ausführung des letzten Willens des Erblassers übertragen sind.[1] Trotz der Ernennung des Testamentsvollstreckers bleibt Subjekt des Nachlasses der Erbe; der Testamentsvollstrecker verwaltet den Nachlaß als fremdes Vermögen, übt die ihm durch das Testament anvertrauten Befugnisse aber als eigene aus, wenn auch lediglich im Interesse des Erben.

Alle diese Eigenschaften des Testamentsvollstreckers sind aber gerade ein Spiegelbild der deutschrechtlichen Treuhändertheorie, die nach Alfred Schultze[2] in folgenden drei Voraussetzungen gipfelt:

---

[1] vgl. Planck Vorbem. zu § 2197; Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 32 S. 153.

[2] vgl. Schultze in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 1 ff.

1. „Der Treuhänder muß eigene, ihm im eigenen Namen zustehende Rechte haben".

2. „Er darf diese Rechte nicht in eigenem Interesse haben".

3. „Er muß diese Rechte, sei es durch privates Rechtsgeschäft, sei es durch obrigkeitlichen Akt, sei es unmittelbar durch Gesetz, empfangen haben mit der Bestimmung des Nichtgebrauchs im eigenen Interesse".

Alle diese Eigenschaften treffen m. E. auf den Treuhänder des § 1189 BGB. zu. Der hier genannte „Vertreter" hat auf Grund und nach Maßgabe des dinglichen Bestellungsaktes für die Inhaber von Papieren zu handeln, denen durch ein Grundstückspfand Sicherheit gewährt ist, und seine Fürsorge erstreckt sich hauptsächlich auf die Hypothek, welche die Deckung der in den Papieren verkörperten Forderungen bildet. Der Treuhänder übt die Rechte der tatsächlichen Rechtsinhaber als eine Art Pfleger nach allen Richtungen hin mit Wirkung für und gegen die Gläubiger aus, begünstigt aber dabei das Interesse des Schuldners, d. h. des Grundstückseigentümers indirekt, indem dieser in der Person des Treuhänders eine ihm wirklich gewachsene Gläubigerpartei gegenüber hat, und so den Schwierigkeiten entgeht, die sich aus der großen Anzahl ihm unbekannter Gläubiger ergibt. Wie Hachenburg[1]) zutreffend ausführt, ist die Stellung des Treuhänders vollkommen diejenige eines dinglich Eigen=

[1]) vgl. Hachenburg, Beitr. S. 169.

berechtigten. Durch die Eintragung des Treuhänders in das Grundbuch bei Gelegenheit der Begründung der Hypothek erhält er das dingliche Recht zur Vertretung der Hypothekengläubiger, während diese bei der gleichen Gelegenheit das Pfandrecht am Grundstück erwerben. Dieses dem Treuhänder zustehende, auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, nämlich dem dinglichen Hypothekenbestellungsakt basierende Eigenrecht erstreckt sich aber, wie Hachenburg ausdrücklich betont, nur auf die vertretungsmäßige Ausübung des Rechts, nicht etwa auf ein selbständiges Verfügungsrecht über das Recht selbst. Von einem solchen persönlichen Verfügungsrecht des Treuhänders ist keine Rede, weder in der Weise, daß man ihm eine fiduziarische Rechtsstellung d. h. ein Gläubigervollrecht mit obligatorischen Rückgewährspflichten einräumt, noch in der Weise, daß man ihm ein eigenes materielles Recht an der Hypothek zuweist. So wird er, m. E. aber mit Unrecht, von Jacobi[1]) und Biermann[2]) aufgefaßt, die beide dem Treuhänder ein eigenes Verfügungsrecht über die Hypothek gewähren. (vgl. auch unten S. 42). — Der Treuhänder ist, lediglich soweit es sich um die Ausübung des Rechtes handelt, Vertreter der Beteiligten aus eigenem Recht; er ist innerhalb des ihm gezogenen Rahmens selbständig gegenüber dem Eigentümer und dem Gläubiger und nicht deren Weisungen unterworfen. Seine Rechtshandlungen sind auch für spätere Pfandbriefgläubiger

---

[1]) Jacobi S. 345.

[2]) vgl. Biermann § 1189 Anm. 3.

wirksam; seine Vertretungsmacht ist von einem Wechsel der Gläubiger unabhängig. Keine der Parteien, weder Eigentümer noch Hypothekengläubiger, haben allein irgendwelchen Einfluß auf den Treuhänder oder können ihn gar einseitig abberufen. „Er steht über den Parteien und ist weder von der einen noch von der anderen beauftragt."[1] Er hat nur darauf zu achten, daß er sein Amt als Treuhänder nach Maßgabe des Bestellungsaktes ausübt. Daß sich seine Vertretungsbefugnis wesentlich auf die Ausübung derjenigen Rechte erstreckt, welche in den Urkunden ein und derselben Emission verkörpert sind und nicht auch auf diejenigen, welche den einzelnen Gläubiger allein berühren und außer Zusammenhang mit der Emission stehen, bedarf weiter keiner Erörterung. Die Gläubiger bleiben auch hinsichtlich der ihnen zustehenden hypothekarischen Rechte voll geschäftsfähig und verfügungsberechtigt. Die Bestellung des Treuhänders ist insofern ohne Einfluß (vgl. unter § 11).

Daß der Treuhänder endlich die ihm verliehene Vertretungsbefugnis nicht im eigenen Interesse ausüben darf, geht schon aus dem Gesetzestext unmittelbar hervor, wonach er eben „Vertreter" für den jeweiligen Gläubiger ist, ferner aber auch aus der Tatsache, daß er regelmäßig für seine Dienste eine Vergütung beziehen wird.

[1] vgl. Hachenburg, Beitr. S. 169; Staudinger Anm. 6 zu § 1189.

§ 7.

Die Rechte des Treuhänders im allgemeinen.

Den Umfang der Vertretungsmacht hat der Gesetzgeber im einzelnen nicht näher angegeben. Das wird von Fall zu Fall ganz verschieden sein, da ja den Parteien in dieser Beziehung der weiteste Spielraum gelassen ist. Eins ist jedoch zu beachten, es muß, wenn auch nicht in der Eintragung, so doch in der Eintragungsbewilligung klar zum Ausdruck gebracht sein, wie weit die Vertretungsmacht des Treuhänders reichen soll. Eine in der 2. Kommission angeregte Frage, ob nicht einzig und allein der Treuhänder mit Ausschluß der Inhaber der Schuldverschreibungen das Recht zu grundbuchmäßigen Verfügungen haben solle, wurde ablehnend beantwortet mit der Begründung, „daß eine derartige gesetzliche Beschränkung der Rechte der Inhaber der Schuldverschreibungen immerhin bedenklich sei, da der Treuhänder dem Zwecke der ganzen Einrichtung nach immerhin nur beschränkte Funktionen auszuüben habe, und es den Inhabern der Schuldverschreibungen beispielsweise nicht wohl verwehrt werden könne, bei einer Zwangsversteigerung der gepfändeten Sache selbst Zahlungen anzunehmen.[1])

Bei der Fixierung der Tätigkeit des Treuhänders hat das Gesetzbuch nur die allgemeine Wendung gebraucht,

---

[1]) vgl. Prot. Bd. 3 S 676.

daß er „bestimmte Verfügungen über die Hypothek treffen“ und „den Gläubiger bei Geltendmachung der Hypothek vertreten“ kann.

Die Tätigkeit des Treuhänders soll sich demnach auf zwei verschiedenen Gebiete bewegen, deren Grenzen im Gesetz zwar nur allgemein gezogen sind, die sich aber doch leicht erkennen lassen. Als „Verfügender“ über die Hypothek erscheint der Treuhänder auf sachenrechtlichem Boden, gegenüber dem Grundbuchamt. Mit der Geltendmachung der Hypothek dagegen ist ihm eine unbeschränkte Bewegungsfreiheit zuzusprechen, die er gerichtlich wie außergerichtlich entfalten kann.

§ 8.

Rechte bei Verfügungen über die Hypothek.

Das Gesetz sagt in § 1189, daß der Treuhänder „bestimmte“ Verfügungen über die Hypothek zu treffen hat. Diese Ausdrucksweise erweckt den Anschein, als habe der Gesetzgeber dem Treuhänder nur einen ganz beschränkten Wirkungskreis zuweisen wollen, über den er nicht hinausgehen dürfe. Dem ist aber nicht so. Welche bestimmten Verfügungen in das Machtbereich des Treuhänders fallen, das festzustellen ist, wie bereits in § 9 erwähnt, ganz und gar Sache der Beteiligten. Die einzelnen Rechte bedürfen der Eintragung im Grundbuche oder mindestens einer Aufzählung in der Eintragungsbewilligung, auf die dann gemäß §§ 874, 1155 BGB.

Bezug genommen werden kann. In der Literatur[1]) wird dies allgemein für zulässig erachtet. Biermann[2]) allerdings bekämpft diese Auffassung. Nach seiner Ansicht bedarf es einer Aufzählung der einzelnen dem Treuhänder von den Beteiligten übertragenen Verfügungsbefugnisse im Grundbuch nicht. Er hält vielmehr den Treuhänder zur Vornahme aller Verfügungen legitimiert, soweit sie ihm nicht durch ausdrückliche Eintragung entzogen sind. — Diese Ansicht läßt sich m. E. nicht aufrechterhalten. Einmal steht ihm der klare Wortlaut des Gesetzes entgegen, sodann lassen auch die in der zweiten Kommission über diesen Punkt gemachten Ausführungen nicht den geringsten Zweifel an der Richtigkeit der allgemein vertretenen Anschauung zu, ist doch daselbst klar und deutlich gesagt, daß „der Treuhänder dem Zweck der ganzen Einrichtung nach immerhin nur beschränkte Funktionen auszuüben habe", sowie „daß im Gesetze nur ein Spielraum für die Befugnisse des Treuhänders geschaffen werde, innerhalb dessen die Praxis dem Bedürfnis entsprechend die Grenze enger oder weiter zu ziehen vermöge".[3])

Es kann ja nun vielleicht vorkommen, daß die einzelnen Rechte des Treuhänders aus der Eintragung nicht

---

[1]) vgl. Planck Anm. 7 zu § 1189; Kretzschmar Anm. 3 zu § 1189; Oberneck S. 975; Turnau-Förster S. 1009.

[2]) vgl. Biermann Anm. 3 zu § 1189.

[3]) vgl. Prot. Bd. 3 S. 676.

klar und deutlich zu ersehen sind, aber in solchem Falle würde man nur den von den Parteien mit der Bestellung beabsichtigten Zweck und ihre Willensrichtung heranzuziehen brauchen, um so im Wege der Interpretation festzustellen, ob eine vom Treuhänder vorgenommene Verfügung außerhalb des Kreises der ihm übertragenen Verfügungsbefugnisse liegt oder nicht. Ist er nach der Eintragung ohne nähere Bestimmung allgemein zu Verfügungen über die Hypothek ermächtigt, so kann er Verfügungen jeder Art treffen.[1])

Die ihm einmal übertragenen Verfügungsbefugnisse hat der Treuhänder allen Beteiligten; sowohl dem ursprünglichen Gläubiger als dessen Nachfolger gegenüber, denn er ist ja, wie früher hervorgehoben, von einem Wechsel derselben unabhängig. Eine Änderung seiner Befugnisse kann weder einseitig durch den Eigentümer noch einseitig durch den Gläubiger herbeigeführt werden, vielmehr ist stets Einigung und Eintragung erforderlich. Welche einzelnen Verfügungen der Treuhänder wird vornehmen können, ist nicht möglich aufzuzählen. Dies ist von Fall zu Fall verschieden. Hauptsächlich werden in Betracht kommen: Das Recht, Löschungen zu bewilligen, Trennstücke aus der Verpfändung zu entlassen, Rangänderungen vorzunehmen, Anerkenntnisse des kraft Gesetzes erfolgten Überganges der Hypothek auf den Eigentümer abzugeben u. dgl.

---

[1]) vgl. Planck Anm. 7 zu § 1189.

Im allgemeinen wird es sich wohl bei Verfügungen des Treuhänders um Veränderung oder Aufhebung der hypothekarischen Haftung des Grundstücks für die Forderung aus dem Inhaber- oder Orderpapier handeln. Abtretungen und Belastungen dürften schwerlich in das Verfügungsbereich des Treuhänders fallen. Denn da das Papier selbst Träger des hypothekarischen Rechts ist, so kann eine Abtretung oder Belastung, z. B. Verpfändung der Hypothenforderung, nur durch Übergabe resp. Indossierung des betreffenden Papiers unter entsprechender Einigung erfolgen. Hierzu aber wird der Treuhänder meist nicht in der Lage sein, da er nicht im Besitz des Papieres ist. Diesen Umstand hat ja auch an anderer Stelle die Grundbuchordnung berücksichtigt, indem sie in § 44 Abs. 2 als Ausnahme von Abs. 1 bestimmt hat, daß der Grundbuchrichter bei einer beantragten Eintragung von der Vorlegung der Urkunde Abstand nehmen kann, wenn eine solche Eintragung auf Grund einer von dem Treuhänder innerhalb seines Wirkungskreises erklärten Bewilligung oder auf Grund einer gegen ihn ergangenen gerichtlichen Entscheidung erfolgen soll. Über die nach § 44 Abs. 1 gegebene Möglichkeit eines selbständigen Vorgehens des einzelnen Gläubigers vgl. unten § 11.

Der Treuhänder hat aber nicht nur ein Recht, im Interesse von Eigentümer und Hypothekengläubiger gewisse ihm eingeräumte Verfügungen vorzunehmen, sondern der Gesetzgeber hat in einem Falle sogar eine Pflicht des Treuhänders statuiert, und zwar zugunsten des Eigen-

tümers. Soweit dieser nämlich von dem Gläubiger eine Verfügung verlangen kann, die der Treuhänder vornehmen darf, ist letzterer zur Vornahme der Verfügung verpflichtet. Diese Verpflichtung des Treuhänders besteht nicht nur dem ersten Besteller der Hypothek, sondern jedem späteren Erwerber des Grundstücks gegenüber, insbesondere auch gegenüber dem Erwerber eines Trennstücks. Dieser hat gegen den Treuhänder einen direkten Anspruch auf Löschung der Hypothek, wenn die Entlassung des Trennstücks aus der Pfandhaft nach dem Bestellungsvertrage gefordert werden kann.[1])

Ein weiterer praktischer Fall für die Anwendung des § 1189 Abs. 2 dürfte der sein, daß nach Tilgung der Schuld seitens des Eigentümers oder seiner Rechtsvorgänger die Hypothek irrtümlicherweise nicht zur Löschung gebracht, das Grundbuch also unrichtig geworden ist. Der Treuhänder ist verpflichtet, dem Eigentümer löschungsfähige Quittung auszustellen und kann bei Weigerung darauf verklagt werden (vgl. auch unten S. 43).

§ 9.

Rechte bezüglich der Geltendmachung der Hypothek.

Die andere Befugnis des Treuhänders ist, daß er den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten hat. Da nun die „Hypothek" geltend machen

[1]) vgl. Prot. Bd. 3 S. 676.

gleichbedeutend ist mit „den dinglichen Anspruch verfolgen", so ergibt sich daraus, daß der Treuhänder lediglich befugt ist, von dem Eigentümer des verpfändeten Grundstücks die fällige Forderung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück beizutreiben. Der Treuhänder ist also nicht berechtigt, die persönliche Forderung geltend zu machen.

Bei der Geltendmachung der Hypothek ist der Treuhänder nun freier gestellt als bei der Vornahme von Verfügungen. Nach der Fassung des Gesetzes, das ganz allgemein von „Geltendmachung der Hypothek" spricht, darf wohl mit der herrschenden Meinung[1]) angenommen werden, daß darunter sowohl die gerichtliche wie die außergerichtliche Geltendmachung zu verstehen ist. Bestimmten Einschränkungen unterliegt der Treuhänder bei der Geltendmachung der Hypothek nicht, es sei denn, daß sie im Grundbuch eingetragen sind.

Zu den Rechten des Treuhänders bei der außergerichtlichen Geltendmachung dürften insbesondere gehören: Mahnungen zu erlassen, Klage zu erheben und in der Zwangsvollstreckung tätig zu sein, z. B. im Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren als Beteiligter im Sinne des § 9 ZVG. die Hypothek anzumelden.

---

[1]) vgl. Oberneck S. 977; Turnau-Förster S. 1010; Planck Anm. 7b zu § 1189; Kretzschmar Anm. 3 zu § 1189; Biermann S. 414b; abw. Ansicht Hachenburg, Beitr. S. 160ff., Vortr. S. 608ff.

Die Empfangnahme von Zahlungen gehört nicht zur Geltendmachung der Hypothek. Das ist vielmehr eine Verfügung über die Hypothek. Der Treuhänder wird mithin Zahlungen nur unter der Voraussetzung ausdrücklicher Ermächtigung annehmen dürfen. Eine solche wird aber unbedenklich stets in der Aushändigung des Inhaber- oder Orderpapieres an den Treuhänder zu erblicken sein.

Ebensowenig wie die Annahme von Zahlungen ist die Kündigung ein Fall der außergerichtlichen Geltendmachung. Auch sie enthält im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Verfügung. Ihre Gültigkeit ist also ebenfalls von einer dem Treuhänder hierzu besonders übertragenen Ermächtigung abhängig. Eine mit solcher Ermächtigung von ihm dem Eigentümer gegenüber vorgenommene Kündigung ist aber rechtlich bedeutungslos, wenn der Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist. Der Grund hierfür liegt in dem Charakter der Hypothek, die für Forderungen aus Inhaber- und Orderpapieren nur als Sicherungshypothek bestellt werden kann. Da bei dieser aber das persönliche Schuldverhältnis eine ausschlaggebende Bedeutung hat, so ist im Gegensatz zur Verkehrshypothek nicht die Kündigung des Gläubigers dem Eigentümer gegenüber (§ 1145 BGB.) maßgebend, sondern lediglich eine solche des Gläubigers dem persönlichen Schuldner gegenüber und umgekehrt. Der Treuhänder wird daher gut tun, sich zu vergewissern, ob der Eigentümer auch der persönliche Schuldner ist. Kann

er das nicht oder ist ihm zwar der persönliche Schuldner bekannt, aber sein Aufenthalt nicht zu ermitteln oder sonst unerreichbar, so kann der Treuhänder die Kündigung nach § 132 BGB. bewirken.

Was die Stellung des Treuhänders als Prozeßvertreter anlangt, so hat er nach dem klaren Wortlaut des § 1189 stets und unbeschränkt die Rolle des Klägers. Seine Passivlegitimation hat zur Voraussetzung, daß von ihm keine Verfügung über die Hypothek verlangt wird, oder aber, falls es sich doch um solche handelt, daß er zur Vornahme der betreffenden Verfügung ermächtigt ist. Als Ausweis dem Gericht gegenüber wird eine beglaubigte Abschrift der Eintragung als Treuhänder im Grundbuch genügen.

Die Rechtsstellung des Treuhänders in dem von ihm geführten Rechtsstreit ist bestritten. Die Streitfrage dreht sich um den Punkt, wen man als Partei anzusehen hat. Nach dem Wortlaut des § 1189 BGB. sind zwei Möglichkeiten gegeben: Entweder ist der Treuhänder selbst Partei, oder die Pfandbriefgläubiger sind Partei, und der Treuhänder tritt prozessual als ihr gesetzlicher Vertreter auf.

In der Literatur sind demgemäß auch zwei Ansichten vertreten:

Planck[1]) spricht dem Treuhänder im Prozeß die Stellung eines gesetzlichen Vertreters zu analog derjenigen, wie sie der auf der Grundlage des Gesetzes v. 4. 12. 1899

---

[1]) vgl. Planck § 1189 Anm. 7b.

gewählte Vertreter einnimmt, und beurteilt die Stellung der Gläubiger in dem von dem Treuhänder angestrengten Prozeß wie diejenige einer nichtprozeßfähigen Person gemäß § 53 ZPO. Das vom Treuhänder erstrittene Urteil erzeugt Rechtskraft für und gegen alle gegenwärtigen und künftigen Gläubiger der Hypothek. Die Prozeßkosten treffen den Hypothekengläubiger, und der Treuhänder ist von jeder persönlichen Haftung frei, da er eben nicht Partei, sondern gesetzlicher Vertreter ist. Dieser Auffassung pflichten bei Oberneck, Turnau-Förster, Kretzschmar, Lehmann, Gaupp-Stein, Staudinger.[1])

Gegenteiliger Ansicht ist Hachenburg,[2]) der den Treuhänder für das Prozeßsubjekt hält. Er stellt den Treuhänder auf eine Stufe mit dem Konkursverwalter und Testamentsvollstrecker und gibt ihm daher im Prozeß die Stellung einer selbständigen, in eigenem Namen auftretenden Partei. Die Prozeßkosten treffen im Fall des Unterliegens den Treuhänder; eine Rechtskraft des Urteils für und gegen die Hypothekengläubiger ist undenkbar. Hachenburg gewährt sogar den Hypothekengläubigern die Möglichkeit einer Teilnahme am Prozeß und meint, wenn Gläubiger und Treuhänder gemeinsam klagen, liege eine Streitgenossenschaft im Sinne von § 62 ZPO. vor,

---

[1]) vgl. Oberneck S. 978; Turnau-Förster S. 1010; Kretzschmar S. 409; Lehmann S. 52, 759; Gaupp-Stein Vorbem. I vor § 50; Staudinger § 1189 Anm. 1.

[2]) vgl. Hachenburg, Beitr. S. 171.

und wenn der Hypothekengläubiger dem Prozeß des Treuhänders als Nebenintervenient beitrete, so sei der Fall des § 69 ZPO. gegeben. Dieser Meinung Hachenburgs haben sich angeschlossen Jacobi, Biermann und Könige.[1])

Es ist nicht zu leugnen, die Entscheidung der Frage, welche von beiden Ansichten den Vorzug verdient, hängt wesentlich davon ab, welche Stellung man dem Treuhänder außerprozessual einräumt.

Die Charakterisierung der Stellung des Treuhänders im Prozeß als diejenige einer selbständigen, im eigenen Namen auftretenden Partei kann nur als Ausfluß der Annahme eines persönlichen Verfügungsrechtes des Treuhänders über die Hypothek erscheinen. Demzufolge ist es auch nur konsequent, wenn Biermann und Jacobi, die außerprozessual dem Treuhänder ein solches eigenes persönliches Verfügungsrecht über die Hypothek zusprechen (vgl. oben S. 30), diesen im Prozeß als Partei auftreten und sein Vermögen für die Prozeßkosten haften lassen, sowie eine Nebenintervention und Streitgenossenschaft durch Beitritt der Gläubiger für möglich halten. Der von den genannten Schriftstellern geteilten Auffassung vermag ich mich, wie bereits früher (S. 30) erwähnt, nicht anzuschließen. Von einem Übergang der den Pfandbriefgläubigern zustehenden Rechte und Pflichten auf den

---

[1]) vgl. Jacobi S. 345; Biermann § 1189 Anm. 3, 4; Könige S. 72.

Treuhänder kann man nicht in dem Sinne reden, daß letzterer nun in eigener Person materiell berechtigt und verpflichtet werde. Auch die §§ 43, 44 GBO., 112 GFG. lassen sich m. E. nicht als Beweis für die Richtigkeit der gegnerischen Lehre ins Feld führen. Zwar ist in diesen Fällen an der Parteirolle des Treuhänders nicht zu zweifeln, aber diese Gesetzesstellen wollen nicht einen allgemeinen Grundsatz aussprechen, sondern die hier dem Treuhänder zugewiesene Parteirolle erklärt sich daraus, daß bei den „gegen den Vertreter erlassenen gerichtlichen Entscheidungen" wohl an Urteile gedacht ist, die gegen den „Vertreter" erlassen sind, weil er die ihm nach § 1189 Abs. 2 BGB. obliegende Verpflichtung dem Eigentümer gegenüber nicht erfüllt hat (vgl. oben S. 37).

Daß Hachenburg am Schluß seiner Darlegungen den Treuhänder mit dem Konkursverwalter und Testamentsvollstrecker auf ein und dieselbe Stufe stellt und dem Treuhänder im Prozeß die Stellung einer selbständigen, im eigenen Namen auftretenden Partei gibt, ja sogar den einzelnen Pfandbriefgläubigern die Möglichkeit einer Teilnahme am Prozeß als notwendige Streitgenossen gewährt, hat seinen Grund in einer Inkonsequenz, die Hachenburg am Schluß seiner Betrachtungen über das Treuhänderinstitut begeht. Während nämlich der Kernpunkt seiner Ausführungen der ist, daß das Eigenrecht des Treuhänders lediglich auf die vertretungsmäßige Ausübung des Hypothekenrechts beschränkt sei, schreibt er S. 171: „Stehen dem Treuhänder die Verfügungen

über die Hypothek kraft eigenen Rechts zu, so ist er auch das Prozeßsubjekt". Hachenburg begeht also den Fehler, daß er das bisher dem Treuhänder immer nur zugewiesene Recht zur Vertretung mit dem Besitz des Rechtes selbst verwechselt, was er beim Treuhänder zutreffend stets verneint hat.

Da sonach eine Parteistellung des Treuhänders in dem von ihm geführten Prozeß abzulehnen ist, fragt es sich, ob der Treuhänder, was die andere in der Literatur vertretene Ansicht behauptet, als gesetzlicher Vertreter aufzufassen ist. Sich ohne weiteres hierfür entscheiden, hieße den Begriff der gesetzlichen Vertretung im Sinne der Zivilprozeßordnung verkennen. Der Ausdruck „gesetzlicher Vertreter" im § 51 ZPO. ist ein „terminus technicus". Die Zivilprozeßordnung kennt mit Ausnahme von § 53 keine gesetzlichen Vertreter prozeßfähiger Personen. Vielmehr ist nach der Begriffsbestimmung des § 51 daran festzuhalten, daß überall, wo gesetzliche Vertretung stattfindet, der Vertretene mindestens für den betreffenden Kreis von Vermögensangelegenheiten als prozeßunfähig anzusehen ist. Die im § 1189 BGB. zugelassene „Vertretung" als gesetzliche im Sinne von § 51 ZPO. zu betrachten, wäre also nur angängig, wenn der Treuhänder, der nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zur Vertretung der Gläubiger berechtigt ist, deren „gesetzlicher Vertreter" zugleich im Sinne der Zivilprozeßordnung wäre. Das trifft aber nicht zu. Gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 51 ZPO. könnte er nur sein, wenn die von

ihm vertretenen Pfandbriefgläubiger prozeßunfähig wären oder es durch die Bestellung des Treuhänders geworden wären. Denn die Worte des § 51 ZPO.: „die Vertretung nichtprozeßfähiger Parteien durch andere Personen (gesetzliche Vertreter) bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts“ wollen nicht etwa besagen, daß der Begriff der gesetzlichen Vertretung sich nach dem bürgerlichen Recht richte; sie stellen vielmehr den Begriff der gesetzlichen Vertretung dahin fest, daß unter denselben nur die Vertretung prozeß **un**fähiger Parteien zu verstehen ist, und wollen dem bürgerlichen Recht nur die Bestimmung darüber überlassen, welche Personen im einzelnen Fall in der Rolle von gesetzlichen Vertretern im Sinne der Zivilprozeßordnung aufzutreten haben,[1]) welche Personen also im einzelnen Fall die prozeßunfähige Partei zu vertreten haben. Sind nun die Pfandbriefgläubiger durch die Bestellung des Treuhänders prozeßunfähig, d. h. nach der Vorschrift des § 51 ZPO. prozeßunfähig geworden? Diese Frage ist durchaus zu verneinen. Eine solche Wirkung der Bestellung des Treuhänders beizulegen, hat niemals in der Absicht des Gesetzgebers gelegen und ist auch in der Wissenschaft noch von keiner Seite behauptet worden.

Die Auffassung des Treuhänders als gesetzlicher Vertreter ließe sich halten, wenn durch seine Bestellung den Hypothekengläubigern das **Verfügungsrecht** über die

---

[1]) übereinstimmend **Gaupp-Stein** § 51 Anm.

Hypothek gänzlich entzogen und auf den Treuhänder übertragen wäre, die Vertretung mithin auf einer rechtlichen Beschränkung der Verfügungsbefugnis beruhte. Das ist aber, wie bereits früher betont (vgl. S. 31), nicht der Fall. Die Bestellung des Treuhänders läßt die Verfügungsbefugnis des Gläubigers unberührt. Es fehlt an einer ausdrücklichen Bestimmung, wie sie in § 14 Abs. 2 SchVG. enthalten ist, wo es heißt, daß durch Beschluß der Gläubigerversammlung die Befugnis der einzelnen Gläubiger zur selbständigen Geltendmachung ausgeschlossen werden kann. Selbstverständlich wäre der Gesetzgeber nicht gehindert gewesen, jene Vorschrift auch für das bürgerliche Recht für anwendbar zu erklären. Mangels einer solchen positiven Vorschrift ist es aber m. E. unzulässig, die als Spezialbestimmung aufzufassende Vorschrift des zit. § 14 Abs. 2 SchVG. auf das bürgerliche Recht auszudehnen. Eine Bestimmung in den Emissionsbedingungen des Inhalts, daß der bestellte Treuhänder allein, unter Ausschluß der Pfandbriefgläubiger, befugt sei, über die Hypothek zu verfügen und sie durch Klage geltend zu machen, würde sich aber in direkten Widerspruch mit § 137 BGB. setzen und ohne rechtliche Folgen, nichtig sein.

Die gesetzliche Vertretereigenschaft des Treuhänders im Prozeß läßt sich m. E. nur aus § 53 ZPO. begründen, wo gesagt ist: „Wird in einem Rechtsstreit eine prozeßfähige Person durch einen Pfleger vertreten, so steht sie für den Rechtsstreit einer nicht prozeßfähigen Person

gleich". Nun ist zwar der Treuhänder kein „Pfleger" im gesetzestechnischen Sinn, aber das hindert m. E. seine Unterstellung unter § 53 ZPO. nicht. Durch die Einfügung des § 53 in die Zivilprozeßordnung wollte man den Unzuträglichkeiten im Rechtsverkehr vorbeugen, die sich infolge der nach bürgerlichem Recht gegebenen Möglichkeit des Nebeneinanderbestehens zweier Gleichberechtigter ergeben, und die vornehmlich bei einem Rechtsstreit hinderlich zutage treten können und darin bestehen, daß beide Teile prozessual sich widersprechende Erklärungen abgeben können. In der Beschränkung des § 53 ZPO. auf die Pflegschaft liegt nichts Auffallendes, da dieser ja gerade eigentümlich ist, daß sie auf die Geschäfts- und Prozeßfähigkeit des Pflegebefohlenen ohne Einfluß ist. Wie jedoch in der vorstehenden Abhandlung mehrfach betont ist, hat auch die Bestellung eines Treuhänders weder Geschäfts- noch Prozeßunfähigkeit des Pfandbriefgläubigers zur Folge, so daß dieser daher sehr wohl in der Lage ist, in einem vom Treuhänder geführten Prozeß selbst Rechtshandlungen vorzunehmen, die in diejenigen des Treuhänders störend eingreifen und somit Anlaß zu Verwicklungen geben. Die Anwendung des § 53 ZPO. hier verneinen hieße m. E. sich zu fest an den Buchstaben des Gesetzes klammern. Der in § 53 vom Gesetzgeber gewählte Ausdruck „Pfleger" ist m. E. nicht in des Wortes strengster Bedeutung aufzufassen, sondern er ist allgemein dahin auszulegen, daß in allen Fällen, wo jemand zur Vertretung einer an sich geschäftsfähigen Person berufen

ist, sei es unmittelbar durch Gesetz, sei es durch obrigkeitlichen Bestellungsakt, sei es auf irgendeine andere von dem Willen des Vertretenen jedenfalls unabhängige Art und Weise, und im Rahmen dieser ihm zustehenden Vertretungsbefugnis einen Prozeß führt, für diesen Prozeß die vertretene an sich prozeßfähige Person einer nicht prozeßfähigen gleichsteht, der Vertreter also als ihr gesetzlicher Vertreter zu betrachten ist. — Eine ähnliche zur Unterstützung vorstehender Auffassung herangezogene Bestimmung findet sich in § 3 preuß. AG. z. ZPO.: „Die für die Vermögensverwaltung der deutschen Landesherren und der Mitglieder . . . bestehenden Behörden gelten im Sinne der Vorschriften der deutschen Zivilprozeßordnung als gesetzliche Vertreter derselben für alle zu ihrem Geschäftskreise gehörigen Gegenstände mit den Rechten und Pflichten der gesetzlichen Vertreter einer nicht prozeßfähigen Partei". — Weist man dem Treuhänder so die Stellung eines gesetzlichen Vertreters im Sinne von § 53 ZPO. zu, so wird dadurch eine einheitliche Wahrnehmung der Gläubigerrechte gesichert und ein selbständiges, mit dem Vorgehen des Treuhänders in Widerspruch stehendes Handeln des Hypothekengläubigers verhindert. Auch zur Erreichung einer allgemein wirkenden Rechtskraft der Entscheidungen über schwebende Fragen kann es nur erwünscht sein, daß ein etwaiger Prozeß nur von dem Treuhänder und nicht auch von den einzelnen Gläubigern geführt wird.

Nach alledem ergibt sich für die Stellung des Treu=

händers in dem von ihm angestrengten Rechtsstreit folgendes praktisches Ergebnis:

Die Bestellung eines Treuhänders hindert die einzelnen Pfandbriefgläubiger an sich nicht an der selbständigen Geltendmachung ihrer Rechte. Hat jedoch der Treuhänder selbst die Klage erhoben, oder ist er in einen bereits schwebenden Prozeß eingetreten, so verlieren die Gläubiger für diesen konkreten Rechtsstreit die Prozeßfähigkeit, und der Treuhänder gewinnt die Stellung eines gesetzlichen Vertreters im Sinne der Zivilprozeßordnung. Demzufolge ist Prozeßpartei nicht der Treuhänder, sondern das sind die von ihm vertretenen Hypothekengläubiger, die Besitzer der Schuldverschreibungen. Als handelndes Prozeßsubjekt freilich erscheint einzig und allein der Treuhänder. Er ist daher mit Rücksicht auf § 313 Ziff. 1 ZPO. im Klagerubrum anzugeben, das demnach lauten würde:

„Klage des Kaufmanns N. als Vertreter der Gläubiger der im Grundbuch von Molwitz Band 3, Blatt 15 in Abt. III Nr. 1 eingetragenen Inhaberhypothek".

Ein den Gläubigern ungünstiges Versäumnisurteil kann nur dann erlassen werden, wenn der Treuhänder säumig ist. Ebenso richtet sich nach dessen Person, ob eine Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens stattfindet (§§ 241, 246 ZPO.). Er kann nicht als Zeuge vernommen werden (§ 426), er hat die Eide zuzuschieben, zurückzuschieben und zu schwören (§§ 473—477). An ihn geschehen wirksam die Zustellungen (§ 171); das Urteil

wird auf den Namen des Treuhänders ausgestellt und bindet in seiner Rechtskraft alle gegenwärtigen und künftigen Gläubiger, die bei nochmaliger Anstrengung derselben Klage der exceptio rei judicatae ausgesetzt sind. Für die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ist nur der Treuhänder aktiv legitimiert (§ 750 Abs. 2). Etwaige Widersprüche und Einwendungen im Vollstreckungsverfahren sind gegen ihn zu richten (§§ 766, 771).

Für die dem Treuhänder durch die Prozeßführung erwachsenen Kosten haftet, sofern er mit der Klage durchdringt, der Schuldner, d. h. gemäß § 1118 BGB. ohne weiteres das Grundstück. — Unterliegt der Treuhänder, so trifft die Erstattungspflicht der Prozeßkosten nach dem Prinzip der direkten Stellvertretung unmittelbar die Partei, d. h. also die einzelnen Pfandbriefgläubiger. Die Beitreibung dürfte freilich wegen der großen Anzahl noch dazu meist unbekannter Gläubiger auf unüberwindbare Schwierigkeiten stoßen. Es fehlt an einer Bestimmung, wie sie in § 14 Abs. 4 SchVG. enthalten ist, wonach die Kosten, welche den Gläubigern zur Last fallen, vom Schuldner eingezogen werden unbeschadet seines Rückgriffs gegen die Gläubiger. Es dürfte sich jedenfalls die Aufnahme einer ähnlichen Bestimmung in den Emissionsbedingungen empfehlen. Der Schuldner, d. h. der Grundstückseigentümer läuft in diesem Fall pekuniär keine Gefahr, da er die Ansprüche, die ihm aus solchen Auslagen erwachsen, bei den späteren Forderungen der Hypothekengläubiger zur Aufrechnung bringen kann.

Wegen der etwa bereits aus eigenen Mitteln gemachten, mit der Prozeßführung im Zusammenhang stehenden Aufwendungen, z. B. Vorschüsse, Reisegelder u. dgl. wird es dem Treuhänder überlassen bleiben müssen, sich bei seiner Partei schadlos zu halten. Meist wird allerdings der Treuhänder vor Anstrengung der Klage sich wegen der von ihm zu machenden Ausgaben mit den Hypothekengläubigern ins Einvernehmen setzen, wenn nicht, wie meist üblich, dieser Punkt schon in den Emissionsbedingungen geregelt ist.

§ 10.

Haftung des Treuhänders.

Zivilrechtlich wird der Treuhänder dem Eigentümer und Gläubiger nach den Vorschriften über den Auftrag haften. Handelt er vorsätzlich oder fahrlässig seinen Pflichten zuwider und schädigt so die Beteiligten, so dürfte er gemäß § 276 BGB. zur Verantwortung zu ziehen sein. Den wirksamsten Schutz für alle Beteiligten wird freilich eine sorgfältige Ausgestaltung der vertragsmäßigen Grundlagen des Verhältnisses zu gewährleisten haben. So wäre dem Interesse beider Teile vielleicht dadurch gedient, daß dem Treuhänder ein zweiter Treuhänder bestellt wird, der ihn bei seiner Tätigkeit unterstützt, und der, ähnlich dem Gegenvormund, eine gewisse Aufsicht über den Treuhänder ausübt. — Bei Untreue des Treuhänders werden Eigentümer und Gläubiger

durch § 266 StGB. geschützt. Der Treuhänder ist als „Bevollmächtigter" im Sinne des § 266 Ziff. 2 aufzufassen, da dieser Begriff voraussetzt, daß eine rechtlich begründete Befugnis zur Vertretung fremden Vermögens besteht, wie diese beim Treuhänder ja gegeben ist.

§ 11.

Rechtsstellung der Hypothekengläubiger.

Daß die Verfolgung des persönlichen Anspruchs einzig dem Hypothekengläubiger überlassen ist, darauf ist bereits oben in § 9 hingewiesen. Aber auch bezüglich des dinglichen Anspruchs ist eine konkurrierende Tätigkeit des einzelnen Hypothekengläubigers nicht ausgeschlossen, bei Vornahme von Verfügungen sowohl wie bei der Geltendmachung der Hypothek. Für beide Rechtsakte gilt gleichmäßig der Grundsatz (vgl. oben S. 30), 46, daß die Befugnis des Gläubigers, selbst zu handeln, durch die Bestellung des Treuhänders rechtlich weder ausgeschlossen noch beschränkt wird. Und tatsächlich verfügungsberechtigt ist er, weil er ja als Hypothekengläubiger im Besitz des Inhaber- oder Orderpapiers sein muß, in dem seine Forderung verkörpert ist. Als Besitzer der Urkunde ist er aber, wie S. 7 betont, nach § 44 Abs. 1 GBO. dem Grundbuchamt gegenüber zur Vornahme von Verfügungen legitimiert, wenn auch natürlich nur bis zur Höhe der ihm nach dem Papier zustehenden Hypothekenforderung. Die von ihm z. B. dem Grundbuchamt gegenüber erklärte

Löschungs- oder Rangveränderungsbewilligung darf der Grundbuchrichter also selbst bei einem aus den Emissionsbedingungen sich ergebenden Verbot nicht etwa ablehnen, sondern muß sie eintragen. Zweckmäßig wird er freilich gemäß § 55 GBO. den Treuhänder benachrichtigen, dessen Aufgabe es sein wird, von dem betreffenden Gläubiger im Klageweg Beseitigung der Eintragung zu verlangen. Ebenso ist es dem Gläubiger unbenommen, selbständig für sich eine Klage anzustrengen, denn „jeder Gläubiger einer Schuldverschreibung ist Gläubiger und hat das Recht, auf Befriedigung seines fälligen Anspruchs zu bestehen".[1]) Ein eigenhändiges Prozessieren ist jedoch ausgeschlossen, sobald der Treuhänder selbst handelnd eingreift, sei es, daß er den anhängig gemachten Rechtsstreit übernimmt, sei es, daß er den vom Gläubiger eingeklagten dinglichen Anspruch bereits selbst bei Gericht anhängig gemacht hat (vgl. oben S. 49). Die Ausübung solcher Rechte, welche nur den einzelnen Gläubiger allein berühren und außer Zusammenhang mit der Emission stehen, bleibt dem Gläubiger selbstverständlich überlassen, da ja die Bestellung des Treuhänders eine Geschäfts- und Prozeßunfähigkeit der Gläubiger nicht zur Folge hat (vgl. oben S. 30, 46). Von einer Beteiligung des Hypothekengläubigers an dem von dem Treuhänder geführten Prozeß als Nebenintervenient und notwendiger Streitgenosse kann nach den S. 41, 42 gemachten Ausführungen naturgemäß keine Rede sein, denn das würde

[1]) vgl. Hachenburg, Beitr. S. 165.

die Bejahung der Frage nach der Parteifähigkeit des Treuhänders zur Voraussetzung haben.

§ 12.

Der Treuhänder des Hypothekenbankgesetzes und des Gesetzes betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen.

Der Treuhänder des Hypothekenbankgesetzes, der auch im Gesetz als solcher bezeichnet ist, hat eine ganz andere Stellung als wie der in § 1189 BGB. bezeichnete „Vertreter“. Die Obliegenheiten des Treuhänders nach dem Hypothekenbankgesetz stellen eigene, nur dem Treuhänder gehörende Rechte und Pflichten dar, die von ihm im eigenen Namen ausgeübt werden. Seine Tätigkeit ist im wesentlichen darauf gerichtet, die Lage der Pfandbriefgläubiger zu sichern. In ihrem Interesse, nicht in ihrem Namen nimmt er die ihm der Bank gegenüber verliehenen Rechte wahr. Im einzelnen wird seine Tätigkeit in den §§ 30 ff. näher geregelt. Der Schwerpunkt seiner Verrichtungen liegt darin, die Rechte der Pfandbriefgläubiger im Konkurse der Bank wahrzunehmen und zu erhalten (§ 35). Aus diesem Grunde sind ihm der Bank gegenüber weitgehende Befugnisse eingeräumt, die gesetzmäßig auszuüben er verpflichtet ist, denn er wird hierzu einmal durch die Strafbestimmungen der §§ 35 ff. und sodann durch sein Abhängigkeitsverhältnis von der Staatsaufsichtsbehörde gezwungen.

Im allgemeinen ist es die Aufgabe des Treuhänders, darauf zu achten, daß die vorschriftsmäßige Deckung für die Hypothekenpfandbriefe jederzeit vorhanden ist, sowie daß die zu dieser Deckung bestimmten Hypotheken und Wertpapiere in das Hypothekenregister eingetragen werden, denn dem Vorzugsrecht der Pfandbriefgläubiger unterworfen sind eben alle diejenigen Hypotheken und Wertpapiere, welche in dem genannten Hypothekenregister verzeichnet sind. Diese Urkunden und das zur Deckung bestimmte Geld stehen unter dem Mitverschluß des Treuhänders, da andernfalls die Bank durch einfache Weiterveräußerung der Deckungswerte die sofortige Endigung des an ihnen bestehenden Vorzugsrechtes herbeiführen könnte. Durch den Mitgewahrsam des Treuhänders soll einer unrechtmäßigen Entziehung von Haftungsobjekten seitens der Bank nach Möglichkeit vorgebeugt werden, und demzufolge ist der Treuhänder befugt, jederzeit die Bücher und Schriften der Bank einzusehen, soweit sie sich auf die Hypothekenpfandbriefe und auf die in das Hypothekenregister eingetragenen Hypotheken beziehen. Das sind in großen Umrissen seine Befugnisse. Worin besteht nun die grundsätzliche Verschiedenheit dieses Treuhänders zwischen demjenigen nach § 1189 BGB.? Von einem Vertretungsverhältnis ist dort ebensowenig die Rede wie hier. Es besteht ein solches nach herrschender Ansicht[1]) weder mit der Hypothekenbank, noch mit den Pfandbrief-

[1]) vgl. Fuchs Anm. 20 zu § 1189; Planck Anm. 8 zu § 1189; Schultze S. 99 ff.; Kretzschmar Anm. 6 zu § 1189.

gläubigern, noch mit der staatlichen Aufsichtsbehörde. Die scharfe Trennung zwischen beiden Treuhändern liegt in anderen Gründen. Während nämlich der Treuhänder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch seine Bestellung lediglich dem dinglichen Bestellungsakt entnimmt, aus ihm alle seine Rechte und Pflichten schöpft, werden die Rechte und Pflichten des Treuhänders im Hypothekenbankgesetz durch das Gesetz unmittelbar begründet und ihm als eigene, frei von jeder rechtlichen Abhängigkeit von anderen Personen übertragen. Die Quelle der Befugnisse dieses Treuhänders ist einzig und allein das Gesetz, das der Hypothekenbank eine Reihe von Rechten, die ihr an sich zustehen würden, z. B. selbständig für die Deckung ihrer Schulden zu sorgen, ihr gehörige Urkunden und Hypothekenbriefe nach eigenem Ermessen zu verwahren, entzogen und der Rechtssphäre des Treuhänders einverleibt hat. Der Treuhänder des Hypothekenbankgesetzes erscheint als zur Pflege der Interessen der Pfandbriefgläubiger vom Staat eingesetztes und berufenes notwendiges Organ der Hypothekenbank. Seine Stellung nimmt den Charakter eines Amtes an, so daß er eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Konkursverwalter und Vormund hat. Gleich diesen wird der Treuhänder durch die staatliche Aufsichtsbehörde ernannt.

Der Treuhänder des Schuldverschreibungsgesetzes wird bestellt durch die Gläubigerversammlung kraft Mehrheitsbeschluß (§§ 1, 10). Anders als bei dem Treuhänder des § 1189 BGB. ist hier also die Bestellung auch bei ab-

lehnendem Verhalten eines Teiles der Gläubiger möglich. Während ferner die Bestellung des Treuhänders nach § 1189 lediglich von dem Willen der Beteiligten abhängig ist, kann die nach dem Schuldverschreibungsgesetz nur unter bestimmten im § 1 daselbst näher aufgeführten Voraussetzungen erfolgen. Der Umfang der Befugnisse des Treuhänders des Schuldverschreibungsgesetzes muß im einzelnen von der Gläubigerversammlung festgesetzt werden (§ 14 Abs. 1). Diese ist nicht auf das im § 1189 BGB. vorgeschriebene Gebiet beschränkt, sondern kann dem Treuhänder noch andere Funktionen übertragen, so z. B. ihn ermächtigen, die der Hypothek zugrunde liegende persönliche Forderung geltend zu machen. Soweit der Treuhänder zur Geltendmachung von Rechten der Gläubiger befugt ist, kann als Ausnahme von § 1189 BGB. durch Beschluß der Gläubigerversammlung die Befugnis der einzelnen Gläubiger zur selbständigen Geltendmachung ihrer Rechte ausgeschlossen werden (§ 14 Abs. 2). Der Ausschluß der Gläubiger hat den Zweck, eine einheitliche rechtsgeschäftliche Wahrnehmung der Gläubigerrechte zu ermöglichen. Vom Gesetz im § 16 ausdrücklich für zulässig erklärt ist ferner das Vorhandensein sowohl eines bei der Ausgabe der Schuldverschreibungen nach § 1189 BGB. bestellten Treuhänders als eines nachträglich gemäß Schuldverschreibungsgesetzes von der Gläubigerversammlung berufenen. Die Möglichkeit einer Abberufung des Treuhänders durch das Gericht bei Pflichtverletzung ist bereits am Schluß des § 5 hervorgehoben.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.